



## OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DO HC 82.424/RS

## LIMITS OF FREEDOM EXPRESSION: ANALYSIS OF HC 82.424/RS CASE

Nayara Gallieta Borges<sup>1</sup>

## RESUMO

O direito à liberdade de expressão é constitucionalmente garantido no regime democrático brasileiro. Contudo, este direito não é absoluto: ele encontra limites de ordem ética e jurídica. Os limites da liberdade de expressão são evidenciados quando aplicamos o princípio da proporcionalidade e ponderação com outros direitos previstos em nosso ordenamento à luz do caso concreto. A relativização da liberdade de expressão no julgamento do HC 82.424/RS foi uma grande mudança de paradigma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e um caso de suma importância simbólica no campo dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Crime de racismo. Jurisprudência simbólica.

## ABSTRACT

The right to freedom of expression is constitutionally guaranteed in the Brazilian democratic polity. However, this right is not absolute: it finds limits of ethics and law. The limits of freedom of expression are evident when we apply the principle of proportionality and balance with other rights provided for in our legal system in the light of the case. The relativization of freedom of expression in the judgment of HC 82,424 / RS has been a major paradigm shift in the jurisprudence of the Supreme Court and a case of great symbolic importance in the fundamental rights field.

**Keywords:** Freedom of expression. Crime of racism. Symbolic jurisprudence.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, (Brasil). Linha de Pesquisa de Políticas Públicas. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Tocantins – UFT, Palmas. Advogada. Professora de Direito no Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/TO. Coordenadora de Programas, Projetos e Prestação de Serviços junto à Pró-Reitoria de Extensão Universitária da Unitins. E-mail: [nayaragborges@gmail.com](mailto:nayaragborges@gmail.com)



## INTRODUÇÃO

O presente artigo se dispõe a discutir o caso da publicação de livros antissemitas por Siegfried Elwanger, tendo como alvo os judeus, apresentando dois grandes vértices de debate: se a conduta do autor configura discriminação e, por conseguinte, o crime de racismo perante o povo judeu; e, em segundo lugar, na ponderação entre o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, qual é o resultado admitido no julgamento e qual é a resposta que este artigo procura oferecer.

É inegável que o julgamento do Habeas Corpus 82.424 foi uma grande mudança de paradigma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois marcou a mudança de entendimento da Corte sobre a ponderação de princípios e, principalmente, sobre o conceito de racismo e os limites da liberdade de expressão.

O antissemitismo é um termo construído e difundido principalmente durante o século XX, representando o ressentimento contra o povo judeu, e se refere a práticas de afirmação e perpetuação de um estigma histórico sobre os judeus como grupo estranho, hostil e indesejável e, infelizmente, perpetuados por uma parcela da população.

Neste período, a opressão e o extermínio vividos pelo povo judeu estão em discussão no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, em que foram considerados os sofrimentos, humilhações, quantidade de vidas perdidas e de valores ameaçados em nome da supremacia ariana assim defendida por Adolf Hitler.

O julgamento foi além, e provocou reflexão sobre os limites da liberdade de expressão e sua ponderação com os valores, princípios e direitos conquistados historicamente pela sociedade mundial e brasileira e constitucionalmente garantidos, conforme será discutido no presente trabalho.

Na primeira parte, analisaremos o contexto social do caso, incluindo o autor, ora paciente, os elementos processuais desde a denúncia até o julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça. Na segunda parte, analisaremos especificamente o julgamento perante o Superior Tribunal Federal, os argumentos invocados pela defesa e acusação e também quais deles foram debatidos pelos ministros e, ao fim, a análise da decisão final. Na terceira e última parte visamos refletir de forma sucinta sobre os efeitos da jurisprudência simbólica provocados pelo julgamento do então Habeas Corpus.

## 1. O CASO ELWANGER

Siegfried Elwanger, nascido em 1928 no estado de Rio Grande do Sul, foi um escritor e sócio da “Revisão Editora Ltda.”: editou, vendeu e publicou obras anti-semitas tais como “O Judeu Internacional”, de Henry Ford, 2ª reedição, 1989; “A História Secreta do Brasil”, de Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1990; “Protocolos dos Sábios de Sião”, apostilado por Gustavo Barroso, 4ª reedição, 1989; “Brasil Colônia de Banqueiros”, de Gustavo Barroso, 1ª reedição; “Hitler – Culpado ou Inocente”, de Sérgio Oliveira, 2ª edição, 1990; “Os Conquistadores do Mundo – Os Verdadeiros Criminosos de Guerra”, de Louis Marschalko, 3ª edição. Obra de sua autoria, sob o pseudônimo S.E. Castan: “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século”, com mais de vinte e nove edições.

Siegfried é natural de Candelária (RS) e descendente de alemães. Tem origem humilde, começou a trabalhar cedo, mas em 1980 iniciou estudos e pesquisas na área da Segunda Guerra Mundial. Aos seus 59 anos, e três anos após o fim da ditadura militar no Brasil, fundou a Revisão Editora com o intuito de disseminar suas obras no Brasil, utilizando o pseudônimo S. E. Castan. Talvez o período de proximidade histórica com o regime militar explique a facilidade de difusão de suas ideias. Este primeiro momento de existência da Editora se propôs a publicar assuntos como o nacionalismo, o anti-semitismo e questionamento de fatos relacionados à Segunda Guerra Mundial.

Nos seus livros, percebe-se que Ellwanger, na tentativa de justificar suas proposições, vale-se de generalizações inapropriadas, objetivando atenuar a responsabilidade moral do povo alemão pelos atos criminosos perpetrados pelos nazistas (VIOLANTE, 2010, p. 20). A exemplo:

Agora, porém, compreenderam os alemães que foram explorados por uma horda de judeus, que haviam preparado tudo para tirar enormes proveitos da miséria geral do povo teutônico. Onde quer que se pudesse especular com as necessidades do povo, ou que se apresentasse ocasião de obter lucros intermediários, seja em bancos, sociedades de guerra, empréstimos públicos, ou em Ministérios que formulavam os gigantescos pedidos de petrechos bélicos, lá apareciam os judeus (CASTAN, 1987, p. 25).

Assim, sob o argumento de tentar ser revisionista, isto é, realizar uma revisão do ponto de vista normalmente disseminado pela história, Ellwanger realiza um trabalho negacionista, ou seja, de negar a crueldade do Holocausto ou minimiza-lo, recorrendo a argumentos discriminatórios aos judeus para buscar uma justificação para o extermínio desta população.



O caso judicial Ellwanger inicia-se quando, em 12 de novembro de 1991, o Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Sigfried Ellwanger por ter incorrido no crime do art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89 como sócio-dirigente e escritor da Revisão Editora Ltda., teria editado, distribuído e comercializado ao público obras de conteúdo discriminatório contra o povo judeu, de sua autoria.

Na peça acusatória, o Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul requer a condenação de Siegfried Ellwanger e a apreensão de todos os exemplares existentes na sede da Revisão Editora e em todos os lugares que comercializassem as referidas obras. Em sede de liminar, o Juízo da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre determinou a busca e apreensão de todos os exemplares.

Chama a atenção após a fase de instrução que, nas alegações finais, o Ministério Público pronunciou-se pela *absolvição* do réu, por falta de provas suficientes que justificassem uma possível condenação. Em 14 de junho de 1995, foi prolatada a sentença de 1º grau, absolvendo o réu com fulcro na prova de inexistência dos fatos (art. 386, I, do CPP). Entendeu-se que o réu não agiu com dolo intrínseco ao tipo penal e suas ações não induziram nem incitaram a discriminação racial ou étnica contra o povo judeu (VIOLANTE, 2010, p. 38).

Os assistentes de acusação apresentaram apelação à instância superior alegando ausência de motivação da decisão e desvio do objeto da causa; e persistiram que a conduta de Siegfried Ellwanger consistia no crime de racismo e discriminação ao povo judeu. Em 31 de outubro de 1996, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento aos recursos, condenando-o a dois anos de reclusão, com *sursis* por quatro anos, reconhecendo a existência de dolo e abuso da liberdade de manifestação do pensamento.

O advogado de Ellwanger recorreu ao Superior Tribunal de Justiça através de *habeas corpus*, alegando prescrição da pretensão punitiva e, portanto, extinção da punibilidade, em razão de que a condenação à pena de 2 (dois) anos de reclusão foi publicada 4 anos, 11 meses e 17 dias depois do recebimento da denúncia (Ibidem, p. 42).

O primeiro *habeas corpus* impetrado por Ellwanger teve ordem denegada; entendeu-se que foi utilizado meio impróprio para reexame dos termos da condenação do paciente, e ainda que não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, incitação ou induzimento, para

fins de configuração do racismo: a mera prática, segundo o julgado, caracteriza crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para sua configuração.

O advogado do paciente insurgiu-se, por fim, via *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando em síntese que a conduta do paciente não configura tipificação no crime de racismo. O foco do presente trabalho pretende ser maior sobre o julgamento e decisão deste último HC perante o Supremo Tribunal, como será exposto a seguir.

## 2. ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 82.424/RS

Em dezembro de 2002, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a julgar a questão no pedido de Habeas Corpus nº 82.424. O advogado de Ellwanger alegou que o paciente sofreu ilícito constrangimento pela decisão majoritária do Superior Tribunal de Justiça, o qual confirmou a condenação emitida originariamente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em pena de dois anos de reclusão, convertida em “sursis”<sup>2</sup>.

Os argumentos da maioria dos Ministros que negaram a ordem de concessão de liberdade foram: d) prática inconciliável com os princípios do Estado Democrático de Direito; e) na ponderação entre o direito fundamental à liberdade de expressão (valor relativo) e o princípio da dignidade da pessoa humana (valor absoluto), este princípio deve se sobressair; f) as liberdades públicas não são incondicionais, por isso é necessário que sejam exercidas de maneira harmônica com os demais direitos e princípios fundamentais; g) o crime de racismo é imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLII, CF).

Por outro lado, os argumentos trazidos à baila pelos advogados de Ellwanger foram: a) liberdade de expressão do editor; b) judeu não seria raça e, portanto, não estariam albergados pela Lei nº 7.716/89; c) só existe uma raça: a humana. Analisaremos as questões invocadas à luz do caso presente.

<sup>2</sup> O advogado de Ellwanger alegou prescrição da pretensão punitiva e consequente extinção da punibilidade, uma vez que o paciente foi condenado a pena de dois anos de reclusão em decisão prolatada em 31 de outubro de 1996, isto é, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.



Para André Ramos Tavares, a **liberdade de expressão** consiste no

*direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores. Para o STF, a liberdade de expressão engloba a livre manifestação do pensamento, a exposição de atos atuais ou históricos e a crítica (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-2003, Primeira Turma, DH de 7-11-2003) (RAMOS, 2014, p. 515).*

Foram grandes argumentadores da importância deste direito o Ministro Carlos Ayres Britto e o Ministro Marco Aurélio. Ayres Britto dizia: “publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da reflexão, não no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática. Escrever um livro está nos domínios da vida pensada, não propriamente da vida vivida” (BRASIL, 2004, p. 674).

É importante assentar os dispositivos que resguardam a liberdade de manifestação do pensamento – artigos 5º, IV, da Constituição Federal e os correlatos art. 5º, VI, a respeito da liberdade religiosa; art. 5º, IX, com relação à liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura; art. 5º, XIV, sobre o direito ao acesso à informação; art. 220, caput e §1º da liberdade de expressão jornalística. No plano internacional, há a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, que dispõe, no artigo XIX, o direito de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A liberdade de expressão possui duas vertentes: (i) a liberdade de manifestação do pensamento; e (ii) o direito de receber, independente da forma, a manifestação do pensamento de outrem.

Em qualquer uma das duas modalidades, é importante destacar que a censura, ato estatal de direcionamento ou vedação de expressão do indivíduo ou da imprensa (RAMOS, 2014, p. 515), não tem cabimento da democracia, regime em que se prega a livre e plena circulação das ideias e opiniões e é terminantemente vedada em nosso ordenamento. A Constituição Federal faz menção em duas oportunidades à vedação de censura – no art. 5º, IX e no art. 220, §2º.

Também na Lei de Imprensa (que à época deste julgamento – 2004, ainda não havia sido arguida em sua inconstitucionalidade, o que só ocorreu em 2009), também dispunha no artigo 27:

“Não constituem abusos no exercício de liberdade de manifestação do pensamento e da informação:

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;  
IX – a exposição de doutrina ou ideia” (BRASIL, 1967).

Faz parte do contexto do Estado Democrático de Direito (consagrado no art. 1º, caput, da Constituição), do estímulo à democracia e à cidadania, que exista liberdade de manifestação do pensamento, pois nela consiste na possibilidade de cada indivíduo se expressar, com sua personalidade própria, suas próprias convicções filosóficas, políticas e religiosas ou até mesmo artísticas, possíveis de formarem a consciência de cada um e a vontade popular. Está ligado ainda à dignidade da pessoa humana, ao passo que o Estado permita que as pessoas se auto-determinem e se revelem, exteriorizem quem elas são para o mundo.

Outrossim, o direito à livre expressão do pensamento não é absoluto: ele encontra limites de ordem ética e jurídica. É um direito que deve ser ponderado à face do exercício de outros direitos por outrem. Isto em razão de que os direitos fundamentais são centro do ordenamento e vinculam todos os Poderes Públicos e agentes privados a eles. Assim, a interpretação visa escolher uma norma que compatibilize a opinião jurídica sobre o caso com os direitos fundamentais.

Neste sentido, a liberdade de expressão, como liberdade pública, não é incondicional, por isso deve ser exercida de maneira harmônica, observados os limites explícitos na Constituição e nos tratados de direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 517). Consideramos que, neste julgamento, o Supremo afastou-se da ideologia meramente liberal de direitos fundamentais e passou a conceder na decisão final uma vertente muito mais social ao extenso rol de direitos fundamentais.

Os limites da liberdade de expressão são evidenciados quando aplicamos o princípio da proporcionalidade e ponderação com outros direitos previstos em nosso ordenamento. O ministro Gilmar Mendes assim dissertou em seu voto sobre o conflito entre os direitos fundamentais (BRASIL, 2004, p. 650):

A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, se igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. (...) Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o *direito de liberdade de expressão* quanto o *direito à não-discriminação*. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política.





Decerto que, ao verificarmos o extenso rol de direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento e buscarmos qual deles são aplicados ao caso em concreto e, por conseguinte, ponderados com a liberdade de expressão, podemos destacar: o princípio da igualdade; e o princípio à dignidade da pessoa humana.

Daí decorre que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode se confrontar com o princípio da igualdade. Este princípio, originado com fim específico de abolir privilégios do Antigo Regime, hoje com o Constitucionalismo, tem fundamento maior: não se pode conceder ou perpetuar tratamento diferente a ninguém. No Estado Social de Direito, a igualdade ganha ainda maior abrangência, a isonomia, ao impor o dever de se considerar a variedade de situações e de grupo, principalmente de pessoas socialmente fragilizadas ou desfavorecidas por inúmeros critérios, o que também se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A aceitação de hate speeches por parte do Estado mina a igualdade daqueles que são alvos desses discursos ofensivos e viola direitos fundamentais dos cidadãos. Sob essa perspectiva, o Brasil, através do decreto 592/92, inseriu no ordenamento nacional o pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966. Os artigos 19.3, 20.2 e 26, apesar de garantirem a liberdade de expressão, asseguram a proibição de qualquer apologia ao ódio que constitua discriminação, hostilidade ou violência e aplica essas restrições à liberdade de expressão. (TASSINARI, NETO, 2013, p; 20-21)

Neste caso em específico, historicamente, os judeus passaram por uma série de tratamentos hostis: a expulsão da Inglaterra em 1290, invasão à Polônia e massacre ao seu povo em 1648; em 1870, na Alemanha e Áustria, sofreram uma onda de discriminações; perseguição na Rússia por volta dos anos 1800, e o grande extermínio de 6 milhões de judeus na era Hitler.

Assim, mesmo após estes inúmeros episódios históricos, é anacrônica a perpetuação da discriminação dos judeus, ainda mais em um momento de consolidação dos direitos humanos em ordenamentos de diversos países e o avanço dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como, os direitos fundamentais tornaram-se vetor da organização e do funcionamento do Estado brasileiro, fato este que configura uma violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Como se dá em concreto a percepção da afronta ou não ao princípio da igualdade? Celso de Melo estabelece critérios práticos para esta verificação: (i) qual é o critério discriminatório? (ii) há justificativa racional ou fundamento lógico para se realizar tal tratamento diferenciado? (iii) esta correlação guarda amparo no ordenamento jurídico? (MELLO, 2015, p. 23).

Assim, ao analisar o caso Ellwanger, podemos notar que o critério discriminatório, por assim dizer, utilizado pelo autor em suas obras ao se referir aos judeus é ofensor à dignidade



daquele povo. Como dito anteriormente, inserir no conteúdo das obras de seu pseudônimo, S. E. Castan, atributos aos judeus como se fossem responsáveis pelo grande massacre ocorrido no período da Primeira Guerra Mundial com o avanço do nazismo é minimizar o impacto histórico negativo ocorrido; é oferecer elementos para que hoje, uma parte da sociedade continue a discriminar os judeus por razões ilógicas.

Há de se considerar a opinião do Ministro Marco Aurélio neste julgamento, ao entender que a liberdade de expressão poderia ser tolhida se houvesse um ambiente favorável para disseminação de ideias preconceituosas a determinadas pessoas e determinado povo, mas que isso não teria ocorrido no Brasil, segundo ele, tendo a cultura judaica encontrado grande apoio em nosso país, sendo inclusive reconhecidas as instituições judaicas como centros de referência (hospitais, bibliotecas, entre outros). Entendemos que não há critérios objetivos para se quantificar se há possibilidade de disseminação da discriminação ventilada nas obras de Ellwanger e, caso estejamos errados, se menosprezarmos a potencialidade negativa destas ideias na sociedade atual, os danos para a comunidade judaica são irreversíveis e irreparáveis.

Mas, retornando aos critérios elencados por Celso de Mello para identificar uma discriminação – (i) o critério discriminatório utilizado por Ellwanger foi – ser judeu, pertencer a este povo; (ii) não há substrato lógico para realizar esta diferenciação, uma vez que o critério adotado pelo autor aos judeus é para torna-los negativamente diferentes do restante da sociedade, e não para criar ou proporcionar condições de restabelece-los à igualdade de condições e de tratamento – esta situação que está sim abordada na Constituição pelos preceitos constitucionais: (iii) direito à igualdade, à isonomia, à dignidade da pessoa humana, liberdade de crença ou religião, entre outros.

Aproveitamos o ensejo do debate sobre o princípio da igualdade para relacionar ao crime ora imputado a Siegfried Ellwanger – o racismo não baseado no preconceito de cor da pele e outros elementos fenotípicos, mas ao conceito abrangente que o Supremo Tribunal Federal concedeu nesse julgamento para entender que os demais tipos de preconceitos – religião ou procedência nacional, entre outros, teriam o tratamento diferenciado, isto é, apenas o primeiro tipo de preconceito seria imprescritível e todos os demais não o seriam.

Pois bem, caso o STF entendesse pelo conceito restrito, pela leitura fria da lei, estaria ele estabelecendo um critério diferenciado aos discriminados pela cor ou elementos fenotípicos. Em que pese a realidade histórica brasileira em que, sem dúvida alguma, povos indígenas e



negros, por exemplo, sofreram uma discriminação e uma opressão social – no Brasil, entenderam a maioria dos Ministros que o país deve abolir quaisquer tipos de preconceito, seja ele de qual origem for. Assim, a leitura da Lei nº 7.716/89 à luz da Constituição (art. 5º, XLI), sobretudo pela aplicação do princípio da isonomia, entende-se que o conceito amplo de racismo é uma construção social – é o crime que visa ultrajar, estigmatizar um determinado grupamento humano. Este crime, portanto, é praticado contra grupos humanos com características culturais próprias.

Verifique-se que até mesmo o conceito de racismo, aplicado como aquela discriminação contra grupos de pessoas com determinada cor de pele também não é racismo. A maior parte dos estudos sociológicos e biológicos entendem que só existe uma raça – a humana, porque até mesmo os negros, caboclos, entre outros são pessoas que não possuem apenas a cor da pele como diferencial no fenótipo – é apenas uma das centenas e variadas combinações entre cor de olhos, cor de boca, cor de cabelo, tipo de unha, altura, entre outros.

Este entendimento é compatível inclusive com o entendimento de Moreira Alves e Ayres Brito, em parte, os quais, apesar de não compreenderem ser o caso prática de racismo, argumentaram no sentido de que judeus não são uma raça, pois só existe uma raça – a humana. Somos do mesmo entendimento, com o diferencial de que, à luz da interpretação e exegese constitucional, deve-se considerar a discriminação aos judeus prática de racismo (em sentido abrangente), dado que não encontra amparo jurídico realizarmos diferenciações ou estabelecermos ordens de importância para fins de proteção entre os vários tipos de preconceito.

Sendo assim, considera-se que a conduta praticada por Siegfried Ellwanger em escrever e publicar obras com conteúdo antissemita consiste na prática do crime de racismo e, por tal, deve ser considerada imprescritível<sup>3</sup> – assim, portanto, correta a análise do Supremo Tribunal Federal em denegar a ordem do Habeas Corpus ao autor.

<sup>3</sup> Art. 5º, XLVII, da Constituição Federal: A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei.

Art. 20 da Lei 7.716/89: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

(...)

§2º: Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Foi o que dispôs parte da ementa do acórdão:

Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa

(...)

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

(...)

Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

(...)

A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão



não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

"Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. (BRASIL, 2004, p. 524-526).

Além de tudo, a decisão do Supremo Tribunal Federal coaduna com demais dispositivos constitucionais, tais como o art. 4º, inciso IV, dos objetivos da República Federativa do Brasil – dentre outros, promover o bem de todos sem quaisquer discriminações (art. 3º, IV); a dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico no art. 1º, inciso III; o repúdio ao terrorismo e ao racismo no art. 4º, VIII;

Um argumento muito interessante invocado por Celso Lafer, ex-Ministro das Relações Exteriores (em dois momentos – 1992 e 2001 a 2002) em seu parecer que ofereceu para colaborar no julgamento do HC 82.424 é que é importante que o Brasil alinhe seus padrões de comportamento interno e externos, isto é, o que o Estado Brasileiro prega internacionalmente também deve ser aplicado internamente. Dito isso, “o Direito Interno e o Direito Internacional interagem e não são estanques com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, voltado para impedir a prática do racismo” (LAFER, 2004, p. 6-8). Sendo assim, o Brasil, que já pregava à época a condenação do racismo em âmbito internacional, deve efetiva-lo também na ordem jurídica interna<sup>4</sup>.

Neste sentido, parte da ementa do acórdão assim dispôs:

Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da

<sup>4</sup>Apenas a título de citação, com relação à Alemanha, foram invocados os seguintes julgamentos: Caso Lüth (sobre uma campanha para boicotar o filme de um diretor que, para alguns, havia sido cúmplice de nazistas – liberdade de manifestação x racismo); Caso Livro sobre a Guerra (inconstitucionalidade da proibição da divulgação de livro em que se atribuiu culpa da II Guerra Mundial a alguns países); Caso Soldados Assassinos (manifestações às Forças Armadas de que soldados eram assassinos – liberdade de manifestação x discriminação); Caso Romance Pornográfico (reconhecida liberdade de arte e ciência de divulgação de romance pornográfico).

Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo (Ibidem)

Assim, por maioria de votos, entendeu-se que escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

Denegaram a ordem ao paciente os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluzo. Concederam o *habeas corpus* os Ministros Moreira Alves, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio. O resultado foi 8 (oito) votos a 3 (três) para denegação da ordem.

Fica claro que a decisão teve o condão de constituir um legado para a humanidade, isto é, realmente se constituir em uma mudança de paradigma e em um precedente de grande importância na jurisprudência constitucional. Neste sentido, dispôs parte do acórdão:

A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem (Ibidem).

Neste sentido, vemos que o julgamento do presente Habeas Corpus constituiu uma marca importante na história do Supremo Tribunal Federal e pôde figurar no que o grande constitucionalista Marcelo Neves afirmou ser jurisprudência simbólica.

### 3. O EFEITO SIMBÓLICO DO JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER

No julgamento do HC 82.424/RS, houve ampla discussão de precedentes jurisprudenciais, dispositivos constitucionais e legislação de estados estrangeiros, pois levou-se em consideração, entre outros argumentos, que legislações de países organizados sob regime democrático como o Brasil adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que



estimulem a discriminação. Daí a importância de o país manter uma coerência de sua postura nas relações internacionais, bem como, no ordenamento jurídico interno, como dito anteriormente por Celso Lafer (item 2)<sup>5</sup>.

Marcelo Neves utiliza o tempo “simbólico” para expressar conteúdos no ordenamento jurídico que tem a missão de confirmar valores sociais, demonstrar capacidade de predisposição do Estado para reconhecer determinados “problemas sociais”, e adiar a solução de determinados conflito sociais ao firmar compromissos dilatórios (legislação-álibi), sem prazo específico para cumprimento.

Isto também muitas vezes ocorre na jurisprudência, quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a importância de determinados assuntos levados à instância decisória e o impacto que eles podem gerar no entendimento de determinado dispositivo a partir daquele momento, isto é, provocar uma relevância maior do assunto levado inicialmente, constituindo em um precedente decisivo a partir daquele momento<sup>6</sup>.

O Ministro Marco Aurélio bem reconheceu a função do Supremo Tribunal Federal, na fixação de novo precedente jurisprudencial, firmar um novo marco simbólico:

Pode-se, perfeitamente, trazer a teoria do simbolismo para o âmbito desta Suprema Corte. Mais especificamente, para o caso em questão. É que o Tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “Jurisprudência Simbólica”, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista,

<sup>5</sup> Para concluir sua imprescritibilidade, além da farta referência ao direito estrangeiro, foram citados inúmeros atos e normas de direito internacional público, assim como se invocou o caso *Jersid v. Dinamarca*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em setembro de 1994 (EHCR, 1994). Em muitos outros julgamentos, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema mundial multicêntrico, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos. E aqui não se trata da adoção de um simples modelo de “convergência”, com base no artigo 5º, §2º da Constituição Federal em posteriormente, com fundamento nos §3º e 4º do mesmo dispositivo, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. (...) O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece o “modelo de articulação” [*“engagement model”*], ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais e de direitos humanos (NEVES, 2004, p. 207).

<sup>6</sup> Celso de Mello, em seu voto, pontuou: “Não tenho dúvida, senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, reúne-se para proferir um julgamento impregnado de indiscutível transcendência e revestido de irrecusável valor simbólico, pois, hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2004, p. 614).



quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, alfim, de opinião política (BRASIL, 2004, p. 911).

É evidente que, ao julgar um caso de suma importância como este, o Tribunal Constitucional visa dar uma espécie de resposta à sociedade, de certa forma sensibilizada com a repercussão do caso em questão.

Como esperado, a decisão repercutiu de forma bastante polêmica entre os juristas. Lenio Streck, por exemplo, argumentou que o julgamento contrariou a chamada Teoria da Decisão, segundo a qual, devem respeitar a autonomia do direito democraticamente produzido. Verifique-se que alguns ministros chegaram a denominar a dignidade da pessoa humana como “megaprincípio”. Para Tassinari e Neto,

No julgamento do caso Ellwanger, os direitos constitucionais liberdade de expressão e dignidade humana foram utilizados como argumentos de política, manejados com álibis teóricos, para obtenção de respostas de acordo com os valores de cada ministro, como se a Constituição fosse aquilo que os ministros do Supremo Tribunal Federal querem que ela seja, ignorando o pacto democrático firmado nela. Os direitos fundamentais não podem ser reduzidos ao que aqueles ministros pensam que eles sejam sob o risco de se esvaziar o núcleo do Estado Democrático de Direito. Por isso, é fundamental a análise da decisão judicial à luz de uma proposta que demonstre as insuficiências e os problemas da Jurisprudência dos Valores e da importação equivocada da ponderação de Alexy, em favor de respostas constitucionalmente adequadas e da refutação de ponderações e relativizações dos direitos fundamentais. (TASSINARI, NETO, 2013, p. 31-32).

Houve outros casos também influenciados pelo presente julgamento, como no julgamento da ADPF 187, do direito à livre manifestação na popularmente conhecida “Marcha da Maconha” e, naquela ocasião, invocando rapidamente o HC82.424/RS, o Tribunal entendeu por constitucionalmente legítima a manifestação, observados alguns requisitos como não consumo de substâncias ilícitas e o não envolvimento de menores no ato.

Foi a decisão do Caso Ellwanger que influenciou também a 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, em 2016, a proferir decisão cautelar para proibir, temporariamente, a venda do livro *Mein Kampf*, ou em português, *Minha luta*, escrito em 1925, escrito por Adolf Hitler e que, recentemente, entrou em domínio público. Entendeu-se que, como no caso presente, o conteúdo da obra afeta diretamente a dignidade do povo judeu, entre outros (BRASIL, 2016).

O RE 662.055, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida em 2015, irá decidir os limites da liberdade de expressão, em um caso em que um ONG divulgou campanha contra festas de rodeios, sobre maus tratos contra animais na festa do Peão de Rodeio de Barretos, e foi condenada ao pagamento de indenização e a retirar o





conteúdo, uma vez que a organizadora do evento provou não praticar maus tratos aos animais, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo.

De qualquer forma, o julgamento do caso Ellwanger foi substancialmente significativo para a compreensão diferenciada dos direitos à liberdade de expressão, direito à igualdade, direito à dignidade, entre outros.

## CONCLUSÃO

No julgamento do HC 82.424/RS, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria de votos, que a prática cometida por Sigfried Elwanger basicamente em escrever e publicar certas obras consistia em crime de racismo.

Elementos importantes invocados no julgamento foram a constitucionalidade da liberdade de expressão e a discussão de seus limites e, ainda, argumentos históricos, biológicos e sociológicos para sustentar a ideia da prática ser, de fato, considerada racismo, e não simplesmente discriminação.

Em verdade, não são evidenciados os limites objetivos da liberdade de expressão, mas eles são encontrados quando entram em conflito com outros direitos constitucionalmente positivados. Pode-se entender que a liberdade de expressão não encontra proteção pelo ordenamento pátrio quando realiza declarações agressivas ou que exponham pessoas a riscos, nem tampouco, que provoquem injúria, difamação, provocações e induzimentos. É o entendimento sustentado por, basicamente, aqueles que decidiram pelo deferimento do HC.

Para os que indeferem a medida, entenderam que a dignidade da pessoa humana é imprescindível para o exercício de outros direitos, entre eles, a própria liberdade de expressão. É de se considerar que alguns ministros entenderam que a liberdade de expressão é um direito absoluto e que deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos de forma expressa pela Constituição Federal.

Por fim, é importante destacar – ainda não expresso pela Constituição Federal, não parece ter sido opção do constituinte estabelecer diferenças entre os diferentes tipos de discriminação (por sexo, por cor, por opção sexual ou religiosa), ainda que se pese as peculiaridades da história brasileira, em que houve uma segregação muito maior de negros e

índios do restante da população do que de outros povos. O objetivo maior da Constituição é promover o bem e a igualdade de todos, sem qualquer distinção e, por esta razão, entendeu ser estendido também o conceito de racismo a discriminação cometida contra judeus, já que todos os seres humanos são uma só raça.

O reconhecimento da imprescritibilidade neste julgamento materializa a importância da mensagem que o Supremo Tribunal Federal admitiu ter de deixar para as gerações futuras: a certeza que o crime praticado por Sirgried Ellwanger é uma prática que devemos manter muito distante da sociedade para que os objetivos constitucionais sejam alcançados, sobretudo o de uma vida digna para todos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. Habeas-Corpus nº 15.155. Siegfried Ellwanger e 5ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 18/03/2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas corpus nº 82.424/RS. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 19.mar.2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Juízo de Direito da 33ª Vara Criminal da Capital. Medida Cautelar nº 0030603-92.2016.8.19.0001. DJ 02.fev.2016. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/livro-hitler-rj.pdf>>, acesso em 01.mar.2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>, acesso em 02.fev.2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm)>, acesso em 28.fev.2016.



CASTAN, S. E. **Holocausto judeu ou alemão?:** nos bastidores da mentira do século. Porto Alegre: Revisão, 1987, 326 p.

GOMES, Joaquim B Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/220938513/O-Debate-Constitucional-Sobre-Acoes-Afirmativas-Joaquim-Barbosa#scribd>>, acesso em 03.mar.2016.

LAFER, Celso. Parecer: o caso Ellwanger: o antissemitismo como crime da prática do racismo. Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de *amicus curiae* no julgamento do caso Ellwanger. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, Ano 41, nº 162, abr-jun/2004, p. 53-90.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEVES, Marcelo. Do diálogo das cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo da América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, nº 201, jan-mar/2004, p. 193-214.

\_\_\_\_\_. **A Constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 (Coleção Justiça e Direito).

PETER, Christine Oliveira. Metodologia de Estudo de Precedentes. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, Ano 1, out/2007. Disponível em: <[http://www.idp.org.br/index.php?op=stub&id=9&sc\\_1=60](http://www.idp.org.br/index.php?op=stub&id=9&sc_1=60)> . Acesso em 20.jan.2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SATIN, Janaina Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. **O Antissemitismo e o Supremo Tribunal Federal:** análise do caso Ellwanger. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0031c7a91d74015>>, acesso em 28.fev.2016.



TASSINARI, Clarissa; NETO, Elias Jacob de Menezes. Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, vol. 9, nº 2, jul-dez/2013, p. 7-37. Disponível em: <  
<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461/435>>, acesso em  
01.mar.2016.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. 2010. 130 f. Dissertação (mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010